

## 明治期日本における条約の国内編入をめぐる問題 ——近代日本における憲法典定着の条件——

Issues concerning the Incorporation of Treaties in the Meiji Period  
of Japan:

The Condition that a Constitution Spreads in Modern Japan

穎原 善徳\*

### はじめに

大日本帝国憲法第4条は「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」と規定していた。統治権の総攬を大日本帝国憲法の条規によっておこなうという以上、国務のすべてを憲法典の規定に抵触しないようにおこなう建前になっている。

憲法典に明定されていない不文の事項については、解釈と慣行にゆだねるしかない。しかし、慣行の蓄積がなかったり浅い事項については、ともすると憲法典外の例外的事項とみなして政策の便宜や円滑さを優先させる余地が生じかねない。その場合、憲法典はもとより憲法附属法令にすら特定の事項に関する明条が存在しなければ自由に解釈して運用するのか、それとも第4条を額面どおり（あるいはリジッドに）理解してあくまで憲法典の枠内で解釈して憲法典の他の条文を特定の条文の但書とみなすなどして運用するのか、が問題になる。

大日本帝国憲法の下における憲法上の法律事項（特に国民の権利義務にかかわる事項）をふくむ条約の国内編入をめぐる問題は、上記の問題を考えるう

\* 立命館大学人文科学研究所客員協力研究員

えて好個の素材である。大日本帝国憲法第13条「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」は条約締結権の所在を記しているが、条約の国内編入方式はこの条文からただちにはわからない。そのため、条約（本稿では条約という名称にかぎらず国際約束を指して条約と呼ぶ）は執行するために締結するのであるから憲法典の他の条文に条約に関する規定がなければ法律事項の国内における定立に関する憲法典所定の手続の例外とみなすのか、あくまで国民を拘束する法を憲法典の枠内のみで理解し条約の定立と国内における執行を区別するのか、という問題がはらまれていた。条約の締結は相手国があることであるから（一国の意思のみでは決定できないことであるから）権力の恣意的な行使とはいえないゆえ、前者の考え方に立った解釈と運用を立憲制度に反しない、ということ是可以する。それに対して、国民を拘束する法を定立する手続を規定したのが憲法典であり解釈と運用によって例外を認めれば憲法典が動揺しかねない、というのが後者の考え方である。

為政者は、一方では正当な手続を経て締結され国際法上の効力が生じた条約を誠実に執行しなければならない。条約不履行という事態になれば、国家の国際的な責任が生じ場合によっては相手国と紛争になりかねないだけでなく、すでに他国との間に定立された法である条約を国内において強力に執行できるという意味での権力の主権性を疑われかねない。主権国家が並存する国際社会において、国際法は条約の執行について諸国家の権力の主権性に依存しているのである。他方では、憲法典を国内に定着させるとともに他国に尊重させなければならない。憲法典を制定したのは手続にのっとった法の定立が法の強制力をともなった執行に関する権力の正統性を担保するためであり、すでに制定した憲法典すらみずからの行動によって国内に定着させることができなければ、国内における現行法の通用という意味での権力の主権性が疑われかねない。

国際法は、条約の執行方法を諸国家にゆだねている。国際法秩序と国内法秩序が別の法秩序であることは厳然たる事実であり、一般に認められてきた

ことである。したがって、条約は、それ自体の効力として国内法秩序において妥当するわけではない。条約をどのように国内法秩序に組み込んで執行するか（いかなる国内編入方式をとるか）は、国際法が決めることではなく、諸国家の憲法典や憲法慣行にゆだねられてきた。<sup>1)</sup> このことは、条約の内容を国内で実現するためには、明示的もしくは黙示的に条約を条約として国内法秩序においても効力があるものと認めるのか否かという国家の意思という媒介が必要であることを意味している。<sup>2)</sup>

条約の国内編入方式には条約に国内法上の効力を認めるか否かをめぐって三類型があるといわれている。1) 変型方式、2) 承認法による受容方式、3) 一般的受容方式である。1) は、条約自体には国内法上の効力を認めず、条約の内容を国内に実施する必要がある場合には別個に国内法を制定するというものである。2) は、条約の内容を国内法として立法しなおす必要はないが、法律の形式によって議会による条約の承認が付与されなければならないというものである。3) は、締結・公布されれば条約の国内法上の効力を何らの立法措置も必要とせずに認めるものである。<sup>3)</sup>

大日本帝国憲法の下における条約の国内編入方式については、次のように説明されてきた。条約に国内法上の効力を認める慣行であり、政府の見解も憲法上の法律事項をふくむ条約であっても公布によってただちに国内法上の効力が生じ国民を拘束しあらためて立法措置をとる必要がないという解釈であった。<sup>4)</sup> すなわち、一般的受容方式である。

これ自体は、大日本帝国憲法の下における慣行の説明として誤っていない。しかし、すでに形成されたとおぼしき時期における慣行や政府見解を概括的に説明しているにすぎない。

政府の見解について先行研究が引き合いに出してきたのは、条約の国内法上の効力を生じさせる方式に関して日本政府の解釈およびその解釈の法的根拠に関する駐日蘭国公使を通じたオランダ政府からの照会に対する日本政府の回答案である。大蔵大臣・司法大臣・法制局長官の意見をもとにまと

めた外務大臣回答案（1907年5月21日起草）には、

条約ハ其内容タル事項ノ如何ニ拘ラス帝国議會ノ参与ヲ許サス即チ仮令法規ノ性質ヲ有スル事項ヲ内容トスルモノト雖モ議會ヲシテ之ニ協賛セシメサルモノニ有之而シテ此種ノ条約ハ国法ノ一部トシテ公布ニ依リ当然一般ノ遵由カヲ有スルモノト解シ特ニ法律命令ヲ制定シテ之ヲ国法中ニ編入スルカ如キコトナク又条約ノ規定ニ抵触スル法律命令ノ規定ハ当然変更セラレタルモノト解釈致居候<sup>5)</sup>

と記されていた。

しかし、これは、条約を条約として公布することを規定した公式令（明治40年2月1日勅令第6号）制定直後の時期の話である。あくまで慣行が形成された後の政府の解釈を知ることができる事例であるにすぎない。慣行が形成され定着するためには、いかなる憲法解釈上ならびに運用上の問題が存在し、なぜそれらの問題が重大な政治問題にならなかったのかをあきらかにしなければ、上記のような政府見解や慣行が当初より自明のことであったか否かがわからないのである。

大日本帝国憲法の下における慣行や政府見解の紹介・指摘にとどまらない研究として、次のものがある。稲田正次の研究<sup>6)</sup>は、大日本帝国憲法起草過程全般を復元し考察したものであり、本稿もその貴重な復元の成果を参照している。稲田の研究から大日本帝国憲法第13条の形成過程を抽出することができるが、憲法典発布後にどのような問題が残ったかはわからない。大日本帝国憲法の下における慣行がかならずしも自明のものではなかったという視点から初期議会期における政府内外の議論状況を整理したのは、千葉功の研究<sup>7)</sup>である。しかし、主眼が外務省が外交政策を独占するという意味での自律性をどのように獲得していったのかにあるため、日清戦後の慣行の形成の実態がわからない。初期議会期における議論の整理だけでは大きな政治

問題にならなかった条件がわからないのである。

先行研究ではわからない問題がもう一つある。敗戦後に大日本帝国憲法を改正しようと検討するなかで議会による条約締結の承認のみならず条約の国内法上の効力に関する規定を憲法典に明定しようとする見解が出てきた。憲法問題調査委員会の案にある「条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有ス」(1946年2月2日の第7回総会で配付された大幅改正案である乙案第13条第3項)という規定である。なぜこのような改正案が出てきたのか。また、総司令部案(GHQ草案)を基礎にした帝国憲法改正案には条約の公布に関する規定は存在しても、条約の国内法上の効力を直接明示した規定は存在しなかった。しかし、外務省は第90回帝国議会で備えた答弁資料のなかで、帝国憲法改正案第94条「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び条約は、国の最高法規とし、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」が条約の一般的受容方式を示すものであるとの理解を示した。衆議院における帝国憲法改正案の審議のさいに「並びにこれに基いて制定された法律及び条約」が削除されると、外務省は日本国憲法第98条第2項「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」になる新たな条文を用意して、何としてでも条約の国内編入方式を示すと考えられる条文を残そうとしたのである。条約の国内法上の効力に関する貴族院における金森徳次郎国務大臣の答弁は、一方では戦前の政府の解釈と慣行の延長として説明するとともに、他方ではこの第98条第2項を根拠にするものであった。<sup>8)</sup>

この敗戦後の経緯は、大日本帝国憲法の下における憲法解釈や憲法慣行には完全には解消されなかった問題が潜在的に残っていたことを示している。しかも、戦前を通じてそれは大きな政治問題にはならなかった。千葉功の研究を除いて多くの研究が注目しないか政府の見解と慣行の指摘にとどまっていた所以である。では、戦前の憲法慣行にはいかなる問題が伏在していたのか。また、学理上の異論は別として立憲制度に反する実行ではないかとの

疑義にもとづく大きな政治問題にならずに慣行が形成されていくことが可能だった条件は何か。本稿は、大日本帝国憲法の下における条約の国内編入の慣行に潜む問題とそれが表面上は解決された条件を考察することによって、憲法典が定着した条件の一端をあきらかにすることを目的とするものである。

## 1. 起草者意思が明確な事項と残された問題

大日本帝国憲法第13条は、「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」という簡潔な条文である。条約に関しては天皇が条約を締結することが記されているだけであるが、伊藤博文の名で刊行された『憲法義解』の説明から、起草者の見解は明確である。すなわち、「外国と交戦を宣告し、和親を講盟し、及条約を締結するの事は総て至尊の大権に属し、議会の参贊を仮らず」あるいは「本条の掲ぐる所は専ら議会の関渉に由らずして天皇其の大臣の輔翼に依り外交事務を行ふを謂ふなり」とあるように、条約の締結に対する帝国議会の容喙を許さないというものであった。<sup>9)</sup>

同じことは、枢密院における憲法草案審議のさいの伊藤博文枢密院議長の発言からも確認することができる。伊藤は、諮詢案第13条について、いかなる条約の締結についても帝国議会の承認を必要としないとくり返し述べた。<sup>10)</sup>

また、大日本帝国憲法起草過程からも、第13条に関する起草者の見解を知ることができる。井上毅の甲案上諭と乙案第4条は、条約締結権を天皇の権限としていた。その一方で、甲案第21条と乙案第24条は、「外国条約ニ由り国疆ヲ変更シ又ハ国ノ負担ヲ起シ及国民ノ公権ヲ制限スルニ渉ル者ハ両院ノ認可ヲ経サレハ其効ヲ有セス」と、特定の種類の条約には議会による承認が必要であると規定していた。<sup>11)</sup>しかし、伊藤博文らは、条約締結権に関するこの井上の案を採用しなかった。<sup>12)</sup>『憲法義解』における第13条の説

明と枢密院における憲法草案審議のさいの伊藤博文の発言の背景には、このような第13条起草過程の経緯があったわけである。

しかし、大日本帝国憲法第13条の条文から条約の国内編入方式をただちに導き出すことはできない。憲法上の法律事項をふくむ条約が国内法上の効力を有し国民を拘束する条件が不明なのである。天皇の条約締結権を絶対・無制限なものとして条約の執行についても他の国家機関の容喙を許さないという解釈を導き出すのか、憲法典の他の条文から締結によってすでに国際法上の効力が生じた条約の国内における執行に関しては制約があると解釈して運用するのかは、第13条の条文からも『憲法義解』の説明からもただちにはわからない。このことは、条約の国内編入方式については、憲法典起草者の間に意見の一致をみていなかったか起草者たちが確信をもてなかったことを示している。

条約の国内編入について解釈と運用の余地があることについて井上毅が自覚したのは、遅くとも大日本帝国憲法起草過程であった1888年2月であった。この月のモッセの答議<sup>13)</sup>は、条約をめぐる残された問題の所在を明確に提示する内容であったからである。井上の質疑の主意は、条約の結果必要となる支出（条約上の義務による支出）について議会は承認を拒むことができるか否かであったが、質疑のなかで「外国ト締結セル条約ハ、法律ト同シク国民ニ遵行義務アルモノトスルキハ、従テ条約ニ由テ生スル国民ノ義務ハ、法律ヲ以テ定メタル義務ト同視スヘキ者トスル乎」と記していたことから、答議の内容は条約の国内法上の効力の問題に及んだ。

モッセは、立憲国家においては条約の国際法上の効力と国内法上の効力を区別する必要がある、と説いた。そのうえで、モッセは、条約締結の結果は締約者の間で義務が生じるだけである、と断じている。条約が国内法上の効力を有する条件については、次のように説いた。

君主ハ人民ノ遵奉スヘキ規定ヲ公布スルノ権利ヲ有スルモ、然カモ此事ニ関シテ憲法ニ依テ制限セラル、以上ハ、其親ヲ締結シタル条約ヲ施行スルニ当テモ、亦其制限内ニ於テ為サ、ルヘカラス。故ニ君主カ何ノ程度マテ自ラ其条約ヲ施行セシメ得ルヤハ、主トシテ其国ノ憲法ニ於テ法律ト行政命令トノ限界ヲ定ムル如何ニ係レリ。若シ其憲法上ノ制限ヲ問ハサルトキハ、君主ハ憲法上議院ノ承認ヲ経ルニアラサレハ、公布スヘカラサル命令ヲ議院ノ承認ナクシテ公布シタル違憲ノ処置ヲ為シタルコト、ナルヘシ。然レトモ、憲法ニ於テ代議院ノ承認ナクシテ現行法律ヲ変改シ、若クハ新ニ国民ニ課税シ、及義務ヲ負ハシメ得トノ明文ナキ時ハ、凡ソ法律ノ変改及国民ノ義務ニ関スル外国条約ハ、代議院ノ承認ナクシテ実施スルコトヲ得ス。他語ヲ以テ之ヲ言ヘハ、条約ニシテ憲法上、立法ノ手続ヲ履ミテ施行スヘキ事件ヲ包含スルモノハ、之ヲ内地ニ施行シテ国法上ノ効力ヲ得セシムルニハ、代議院ノ承認ヲ経サルヘカラス。<sup>14)</sup>

モッセは、君主が条約を国内に執行するにあたって憲法上の制限があることを説いているわけである。具体的には、議会の承認なしに現行法律を改廃したり国民に新たに課税したり義務を負わせることができるという憲法典の明文がない以上は、立法の手続をふんで施行すべき事項をふくむ条約が国内法上の効力をもつためには議会の承認が必要である、というのが条約の執行の憲法上の制限である。このモッセの見解によると、日本の場合も、法律の改廃や国民の義務に関する事項をふくむ条約は、帝国議会の承認を経なければ国内法上の効力をもたないことになる。このように、モッセ答議は条約に関して締結権の所在以外の問題が存在することを井上毅に知らせるものであった。

この答議における条約締結の結果支出義務が生じた場合についての結論は、憲法典において行政命令の実施（官制の施行など）に必要な支出を議会の



承認権から除外するときは、条約上の義務を施行するために発布した行政令によって必要とする経費も議会の承認を経なくてもよい、というものであった。<sup>15)</sup>このモッセの見解が締結した条約はかならず施行しなければならないゆえ条約の結果必要となる支出を議会は拒むことができないと説いたロエスラー答議<sup>16)</sup>とともに憲法第67条「憲法上ノ大権ニ基ツケル既定ノ歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ属スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝国議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ス」の条文と説明に影響を与えたことは、すでに稲田正次が指摘してるとおりである。<sup>17)</sup>

条約の結果必要となる支出については、『憲法義解』では「憲法上の大権に基づける既定の歳出とは、第一章に掲げたる天皇の大権に依れる支出、即ち……外国条約に依れる支出にして、憲法施行の前と施行の後とを論ぜず、予算提議の前に既に定まれる経常費額を成す者を謂ふ」<sup>18)</sup>と簡潔に記されている。条約の結果必要となる支出は「憲法上ノ大権ニ基ツケル既定ノ歳出」に該当するというのが憲法典起草者の見解であった。

しかし、枢密院における憲法草案審議のさいに配付された諮詢案第67条の説明から『憲法義解』成立に至る過程において、かならずしも起草者たちの間で意見の一致や確定がみられたわけではなかったことをうかがい知ることができる現象があった。諮詢案第67条「天皇ノ憲法上ノ大権ニ基ケル歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ帝国議會ノ議決ニ由リ生シタル政府ノ義務ヲ履行スルニ必要ナル歳出ハ之ヲ予算ニ掲クルモ帝国議會ハ政府ノ承諾ヲ經スシテ既定ノ額ヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ス」の説明には、条約の結果必要となる支出について『憲法義解』の簡潔な説明と異なり次のように詳しく記されている。

天皇ノ憲法ノ大権ニ基ケル歳出トハ何ソヤ陸海軍ノ編制及行政各部ノ組織文武官ノ俸給其ノ他第一章ニ掲ケタル諸般ノ大権ニ依レル制置ノ必要ニ生スル支出ヲ謂フナリ外国ト条約ヲ締結スルハ専ラ天皇ノ大権

ニ依ル故ニ条約ヲ実施スル為ニ必要ナル費出ハ議會ニ於テ之ヲ拒否スルノ権アルコトナシ此レ亦之ヲ憲法上ノ権利ニ基ケル既定ノ歳出トス蓋有効ノ条約ニシテ式ニ依リ公布スル者ハ即チ法律ト同シク国民遵由ノカヲ有シ法律上ノ必要ヲ生スルコト通常ノ法律ニ異ナルコトナキナリ彼ノ或国ニ行ハル、所ノ議院ハ其ノ予算承認權ヲ以テ条約実施ニ必要ナル費額ヲ拒ムコトヲ得トノ説ハ<sup>トツド兵議院政治論 第一第六百十頁</sup>一国ノ主權ハ以テ一國ヲ代表スルニ足ラズト云ニ同シ而シテ我カ憲法ノ取ルヘキ所ニ非サルナリ<sup>19)</sup>

条約の結果必要となる支出を議院が拒否することができない理由として「有効ノ条約ニシテ式ニ依リ公布スル者ハ即チ法律ト同シク国民遵由ノカヲ有シ法律上ノ必要ヲ生スルコト通常ノ法律ニ異ナルコトナキナリ」と記されており、条約の国内法上の効力を認める見解であることがわかる。これは、先に紹介したモッセ答議における条約の国内法上の効力についての説明に反するものである。ところが、この点について起草者の間で完全に意見が確定し一致していたとはいいがたかった。のちにこの説明を修正して『憲法義解』が成立していく過程で、次のような説明案が活版印刷されているからである。稲田正次によると、この説明案は井上毅の手許で修正された説明稿本を印刷したものであるという。<sup>20)</sup>

憲法上ノ権利ニ基ケル歳出トハ何ソヤ行政各部ノ組織及陸海軍ノ編制ニ要スル費用文武官ノ俸給其ノ他第一章ニ掲ケタル天皇ノ大権ニ依レル制置ノ必要ニ生スル支出ヲ謂フナリ既定ノ歳出ト謂フトキハ憲法發布ノ前ト發布ノ後トヲ論セス既ニ經常ノ需要前定ノ出額アリテ国家成立ノ資料ヲナス者ヲ謂フ法律ノ結果ニ由ル歳出トハ議院ノ費用議員ノ歳費及償給国債ノ利子及償還恩給年金会社營業ノ補助又ハ保証地方費ニ対スル補助ノ類ヲ謂フ法律上政府ノ義務ニ属スル歳出トハ外国ト有

効ノ条約ニ依リ必要ナル費出政府ノ民法上ノ義務又ハ諸般ノ賠償ノ類ヲ謂フ<sup>21)</sup>

ここでは、「憲法上ノ権利ニ基ケル歳出」を「第一章ニ掲ケタル天皇ノ大権ニ依レル制置ノ必要ニ生スル支出ヲ謂フナリ」としつつも、「外国ト有効ノ条約ニ依リ必要ナル費出」を「法律上政府ノ義務ニ属スル歳出」の一つにしている。枢密院における憲法草案の審議を経て『憲法義解』成立に至る過程において突然変更が加えられたのである。この説明案には多くの修正が書き込まれているが、結局「外国ト有効ノ条約ニ依リ必要ナル費出」は削除され、それまでの説明案と同様に憲法上の大権にもとづく既定の歳出に移され、『憲法義解』では条約の結果必要となる支出についての詳しい叙述が復活することなく簡潔な説明になった。

似たようなことは、歳計予算のいずれの費目が憲法第 67 条に該当するかを確定するために第 67 条施行法として用意された会計法補則(明治 23 年 8 月 4 日法律第 57 号)の制定過程にもみられた。『憲法義解』の第 67 条の説明においては、条約の結果必要となる支出は憲法上の大権にもとづく既定の歳出にふくまれるものとなったが、それに反する規定が会計法補則の制定過程であらわれたことがある。

井上毅が長官を務めていた法制局と大蔵省の協議を経て起草された憲法第 67 条施行法案は、1890 年 1 月 28 日付で法制局から閣議請議された時点では、「外国条約ヨリ生スル費用」を「憲法第六十七条憲法上ノ大権ニ基ケル既定ノ歳出」の一つとしていた(第 1 条第 3 号)。<sup>22)</sup>ところが、同年 6 月 16 日に上奏された法律案においては、「外国条約又ハ各国連合約束ニ依レル支出」を「法律上政府ノ義務ニ属スル歳出」の一つにしている(第 7 条第 7 号)。<sup>23)</sup>最終的には、枢密院における審議を経て制定された会計法補則は、第 1 条において「外国条約及約束ニ依レル支出」を「明治二十三年度歳出予算中左ノ費用ハ明治二十四年度ノ予算ニ於テ憲法第六十七条ニ規定シタル大権ニ基

ケル既定ノ歳出トス」ると規定することになった。

以上のことは、条約締結権が天皇に専属することについて憲法解釈が定まっても、条約の国内編入方式や国内実施のあり方について大日本帝国憲法の起草者の間に一致した見解があったわけではなく、異論や疑義が表面化する可能性があったことを示す現象である。憲法上の法律事項であるにもかかわらず憲法典所定の立法手続を経ずに条約の国内法上の効力を認めることが立憲制度の運用として妥当であるのか否かについて疑義が出される余地があったのである。明確な憲法典の条文と解釈が用意されず未定の問題を残したまま憲法典施行の期日を迎えたのであった。

## Ⅱ. 条約の国内編入をめぐる憲法解釈確定の試み

大日本帝国憲法発布後の1889年春に黒田清隆総理大臣に呈した意見書において、井上毅法制局長官は、「憲法ハ単一ノ法律ニ非スシテ專徳義ニ依テ成立スル者ナリ故ニ立憲ノ美果ヲ収ムルハ憲法ノ条文ノミニアラザルナリ」と述べたうえで、「憲法ノ徳義」とは「君主ノ徳義」「輔相ノ徳義」「議會ノ徳義」である、と説いた。そして、「輔相ノ徳義」の一つとして「誓テ憲法ノ精神ヲ維持スル事」を挙げている。<sup>24)</sup>「輔相ノ徳義」という以上、一見したところ単に内閣による憲法典遵守の必要のみを説いているようにみえる。しかし、次の箇所を読めば、憲法典を国内に通用させ定着させることを主眼とする意見であることがわかる。

誓テ憲法ノ精神ヲ維持ストハ蓋憲法ハ国ノ生命ナリ国民ニシテ憲法ヲ遵守スルノ精神微弱ナルトキハ從テ国家ノ健全ヲ望ムヘカラス〔中略〕我カ 天皇陛下ハ憲法発布ノ初ニ於テ祖宗ニ宣誓シタマヘリ即チ内閣ニ於テ仮令形式上ノ宣誓ヲ行ハレストモ各大臣ノ間ニ良心ニ誓約シ著ハシテ一篇ノ明文トナシ之ヲ天皇ニ上奏シ以テ聖旨ノ隆渥ナルニ対揚

セラルルハ欠クヘカラサル当然ノ義務タルカ如シ内閣ニシテ此ノ至誠奪フヘカラサルノ精神アラシメハ自然ニ以テ議會ヲ感動シ以テ人民ヲ感動シテ協心戮力憲法ヲ遵守シテ永久不動ノ基礎ヲ成スノ結果ヲ期スヘキナリ<sup>25)</sup>

内閣の憲法典遵守は、憲法典を国内に定着させるための条件であることを説いているのである。憲法典を国内に通用させ定着させるのは、ほかでもなく憲法典を制定した権力の側の憲法典に反しない行動であることが強調されているわけである。

このような主張をした井上毅は、大隈条約改正によって危機感を高めることになった。大隈条約改正交渉が開始される直前の1888年11月に黒田総理大臣の下問に答えるために執筆した意見書において、井上は、たとえ大審院に限定しても外国人判事の任用は許されない譲与である、と断じた。そのうえで、憲法典が発布されたら内閣の内外の政略は「国家ノ至高法律」である憲法典の条規に準拠して将来の進路を定める必要がある、と説いた。<sup>26)</sup> 井上の意に反して大隈条約改正交渉が進行すると、黒田総理大臣と大隈重信外務大臣に対して「憲法ノ効力ヲシテ十分完全ナラシムルコトヲ務メ」るのが「内閣ノ責任」にもかかわらず条約によって国家の主権を執行する地位に帰化していない外国人を任用することは「政府自ラ憲法ヲ破壊スルモノ」であると批判した。<sup>27)</sup>

大隈条約改正擁護論も、井上にとっては問題であった。改進黨系新聞<sup>28)</sup>を中心にみられた擁護論の論法は、憲法典の正条において禁止されていなければ問題ない、というものであった。すなわち、大審院への外国人判事の任用について、憲法第19条「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」は日本の臣民だけを対象とするものであり外国人の任官を禁止するものではない、という解釈を示したのである。<sup>29)</sup>

このような憲法典の明条の有無を根拠にする議論に対してわざわざ『内外臣民公私権考』<sup>30)</sup>を刊行しなければならなくなるほど、井上は危機感を強めた。憲法典の正条に明定されていない事項については外交の便宜や目的の達成を優先させて解釈するという事態が現出したのである。井上が警戒したのは、改進黨系新聞のような憲法解釈が定着してしまうことにとどまらず、外交の便宜のために憲法解釈がおこなわれ条約によって憲法解釈が確定されることであった。大隈条約改正の成就是、憲法典が外交を拘束するのではなく外交が憲法典の解釈と運用を拘束する先例を認める結果になるものであった。<sup>31)</sup>

条約を執行するにあたっていかなる国内編入方式をとるかという問題にも、外交の便宜や円滑さを優先させるあまり憲法典の解釈や現実の運用が拘束され確定される可能性があった。梅謙次郎帝国大学法科大学教授兼農商務省参事官は、外交に必要な「熟練巧者」を多数に求めることは不可能であることを理解してつくられた我国の憲法第13条は帝国議会のあらゆる意味での容喙を許さないものであるとの見解を示すとともに、条約によって定めることは憲法の「常則」を以て論じることができない「例外」であると説いた。<sup>32)</sup> また、都筑馨六内務省参事官は、「無上万能ノ主権者」である天皇が締結した条約は法律を取り消す効力を有すると述べ、世論や帝国議会に左右されない外交の迅速・秘密と条約の締結・執行の円滑さの重要性を強調した。<sup>33)</sup>

大日本帝国憲法施行以前においては、条約の国内実施のあり方はまちまちであった。たとえば、条約に対する国内法整備の事例として、日米犯罪人引渡条約(明治19年10月8日勅令無号)に対する逃亡犯罪人引渡条例(明治20年8月10日勅令第42号)があった。<sup>34)</sup>あるいは、万国郵便連合条約(明治12年3月27日太政官布告第11号)第6条第4項に対する書留郵便物紛失のさいの賠償金の規定である郵便条例(明治15年12月16日太政官布告第59号)第222条のように、条約の規定と同様の規定を設けたものもあった。<sup>35)</sup> 海底電信線保

護万国連合条約（明治18年7月17日太政官布告第17号）第12条「条約国政府ハ此条約ノ施行ヲ確実ナラシメン為メ就中此条約第二条第五条及第六条ノ条款ヲ犯シタル者ヲ禁錮若クハ罰金或ハ此二刑ヲ以テ罰スル為メ必要ノ条規ヲ定メ又ハ其議案ヲ立法官ニ提出スルコトヲ約ス」<sup>36)</sup>にもとづく海底電信線保護万国連合条約罰則（明治18年7月17日太政官布告第18号）のように、条約によって特定の立法を約束して実施したものもある。以上は、条約を実施するために立法がなされた事例だが、日本朝鮮両国通漁規則（明治23年1月8日勅令無号）第7条～第10条<sup>37)</sup>のように条約において罰則を規定したものもあった。

これらの前例のすべてが大日本帝国憲法施行以降も妥当であるか否かについては、未定であった。たとえば、日本朝鮮両国通漁規則については、各省大臣に罰則制定の権限を付与する法律案<sup>38)</sup>を法制局が閣議に上申するさいに付された説明書のなかで問題にされた。すなわち、「現ニ外国ト締結スル条約中罰則ヲ附スルモノアリ（繫縛）而シテ条約ハ以テ直接ニ内国人民ニ向テ罰則ヲ布令スヘカラズ此ノ場合ニ於テハ省令ニ罰則ヲ附シ以テ条約ノ施行ヲ疏通セザルヘカラズ」<sup>39)</sup>と。これは、条約の国内法上の効力を否定する見解である。

この年、井上毅法制局長官は、条約において罰則を規定した場合その条約の規定は直接国民に適用できるか、あるいは国民に適用するためには法律が必要なのか、について外国人顧問に質疑を發した。このような質疑を發したこと自体、井上が条約の国内法上の効力について疑義を懐抱していたことを示している。

ロesslerの答議は、日本の憲法典の場合いかなる条約であっても有効にするために議会の承諾を必要とせず、一大臣が署名した「勅令ヲ以テ」条約を「法律ノ体裁ヲ以テ公布」すれば完全な効力を有する、というものであった。<sup>40)</sup>パテルノストロの答議は、次のような内容であった。憲法第13条には天皇の条約締結権を制限する明文がないが、天皇の条約締結権は制限され

ている。かならず憲法典により臣民に対して保障した権利と「立法官（天皇及議会）」に付与した「権限」より生じる制限がある。条約締結権はすべて天皇が掌握しているが、憲法典中の他の諸条規に抵触することを「帝国内ニ実施スルニハ」、遵守すべきことを「憲法ニ定メタル法式ニ従ヒ」命じる政府の命令がなければならない。立法上の権限に関することを規定する条約の条項がある場合は、かならず「法律」を要する。<sup>41)</sup>

1891年4月以降には、井上毅は、通商条約における協定関税を「内国人ニモ適用シテ義務ヲ負ハシムル為メニハ、立憲国ニ於テハ」議会へ付議する必要があるか否かについてロesslerとパテルノストロに対して執拗に質疑を發した。<sup>42)</sup>

ロesslerの答議は、憲法典の規定に条約が効力をもつために議会の協賛を必要とするとの明文がなければ有効な条約を執行するために別に法律は必要ない、というものであった。憲法第62条は国内の租税・関税（国定関税）に関する立法のことを規定しているだけであり国際法上の関税（協定関税）をふくむものではない、というのがロesslerの見解であった。<sup>43)</sup> 大日本帝国憲法起草過程において条約の締結に対する議会の関与についての井上毅の質疑に対して憲法典に明記することに否定的な答議をしたロessler<sup>44)</sup>は、日本の場合は国際法上有効になった条約が国内法上の効力をもつさいにも帝国議会の承認を必要としないことを説いたわけである。

パテルノストロの答議は、日本の場合天皇は議会の「協賛」（条約の国内編入のさいの協賛）を経なければ立法権を執行できないゆえ立法権の干渉を要すべき部分に関して議会の賛成がないときは条約は「法律ノ効力」をもたない、というものであった。ロesslerが憲法上の明文がないかぎり条約の国内編入のさいの帝国議会の承認を否定したのに対して、パテルノストロは条約の協賛に関する議会の権限を規定した明文がない憲法においては「立憲制度ノ性質、精神、目的」によって議会の権限を定めることが必要であると説いた。そして、憲法典のすべての条文（第4条末項・第5条・第9条・第13条・第2章



(主に第21条・第62条)の調和の必要を強調した。<sup>45)</sup>

その後何度か質疑応答を重ねた後、井上毅はパテルノストロ答議を同封した書翰を1891年6月6日付で伊藤博文枢密院議長に送付した。ロessler答議とパテルノストロ答議を対照させ、パテルノストロ答議を推す内容であった。

関税法之件ニ付パテルノストロ氏ハ、ロessler氏ニ反対シ、当然議會ニ付スヘシとの説を主持スルものニ有之候、  
同氏答議ハ頗る詳細ニ涉リ、御参考ニも供スヘきものと奉存候間、写ニ而奉差出候、其第三回答議ハ、憲法ト国際法との關係ニ付、尤精確之持説を表候、<sup>46)</sup>

ここに記されている「第三回答議」とは、1891年5月のものと推定されている答議<sup>47)</sup>である。この答議は、憲法上の法律事項をふくむ条約が議会の協賛を得られず国内に執行することができない場合に生じる困難を避ける方法についての質疑に答えたものである。パテルノストロは、議会による否決がありえる以上条約締結権者は後に協賛を得ることが疑わしき条約を軽率に締結できないと述べたうえで、国内においては議会に対する根回しや世論の形成などによって困難を回避できると説いた。また、対外的には、1)「立法権ノ同意ヲ得ル」という条件を以て後に批准することをあきらかに規定するか、2)先に批准する場合には確定のために「立法権ノ干渉」を要する事項については「立法権ノ同意ヲ得ル」という条件を以て条約を執行する義務があることを明確に規定することによって困難を回避できる、と説いた。<sup>48)</sup>

また、伊藤宛書翰のなかにある「憲法ト国際法との關係ニ付、尤精確之持説を表候」とは、答議の後半の部分で記されていることを指している。

第十三条ノ解釈ニ付テハ如何ナルモノヲ以テ正当ナリトスルヤ。本条ハ憲法中ノ他ノ条ヲ離レテ及明ニ立憲（即チ制限セラレタル）君主国ノ元則ニ適合シタル貴国憲法全体ノ意義ヲ離レテ觀察ヲ下スヘカラス。〔中略〕条約ハ、国ニ対シテ遵奉ノ義務ヲ与フル所ノ法律トナルハ実ニ然リ。然レトモ総テノ事項カ条約ノ結果ニ依リ法律トナルト云フニ至テハ、未タ正当ノ言ナリト云フヘカラス。条約ハ国法ノ一部トナルハ実ニ然リ。然レトモ条約カ国法ノ一部トナルニハ其ノ条約ハ憲法上有効ナルヲ要ス。然ルニ若シ其ノ条約ニシテ、根本法（憲法）ノ規定ニ又ハ立法権ニヨリ生スル法律ノ規定（日本ニ於テハ天皇ハ議會ノ協賛ヲ以テ之ヲ作ル（第五条）ニ違反スルトキハ、憲法上有効ナリト云フヘカラス。天皇ハ其ノ権力、即チ憲法（第四条）ノ規定ニ従ヒ、其ノ身ニ有セラル、総テノ大権ヲ施行セラレサルヘカラス。然レトモ、第十三条ノ大権ヲ施行シナカラ、亦憲法ノ総テノ他ノ諸条ヨリ生スル条件及制限ヲモ遵守セラレサルヘカラス。然ラサレハ大権ハ制限ナキモノトナリ、憲法全体ハ天皇ノ意思ニ依リ左右セラル、ニ至ルヘシ。是レ、立憲主義ノ精神ヲ減尽スルモノニ非スヤ。<sup>49)</sup>

ここには、憲法典の条文にあきらかに抵触する条約だけが憲法違反なのではなく、条約の国内編入のあり方しだいでは憲法違反になることがありえることが示されている。憲法第4条に「此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」とある以上、天皇大権を無制限のものと理解し運用することは憲法典全体が天皇の意思によって左右され憲法破壊になることを説いているのである。

憲法上の法律事項をふくむ条約が国内法上の効力をもつためには憲法典所定の立法手続を必要とするというパテルノストロ答議は、先述した1888年2月15日付のモッセ答議以来の井上毅の疑義を氷解させるに十分であった。たとえば、1891年6月24日付の小池靖一衆議院書記官宛書翰<sup>50)</sup>には、条約が国内法上の効力を有する条件としての議会の協賛を得られない結果

条約を施行できなくなるという事態を回避するために条約締結のさいに「国法ニ関係スル或部分ニ付テハ、議會ノ叶賛ヲ経ルノ後ニ効力ヲ有ス」との一条を設ける方法があることを説き、「パテルノストロ氏意見参看」と記している。

伊藤博文に提出された内閣野紙に記された無署名の文書<sup>51)</sup>にも、同様のことが記されている。井上毅が起草した（あるいは他者が起草したとしても、少なくとも井上の意向が反映されている）と推測できる<sup>52)</sup>この文書は、我国の憲法において条約締結の大権と帝国議会の法律議定の職権とはいかなる関係であるべきかを考究する内容になっている。欧米の国際法学者の所説と各国の制度・事例を紹介したうえで、次のような結論を記している。1) 条約を締結するのは大権に属するゆえ、関税にかかわるものであってもいまだ批准を経なければ議会は議することはできない。2) 批准の後に条約を実行するのに法律を必要とする場合、議会はその法律案を討議する。3) この場合、間接的に条約に関して可否を論じることはできる。4) 議会在関税に関する法律案に対して協賛しないときは、すでに批准を経た条約は実行の効力をもたない。ゆえに、関税条約中に一条を置き、その実行に必要な法律を制定するまでは条約の効力が生じないことを明言する必要がある。5) 法律案提出の前に政府は関税条約の大意を以てまず議院の動議とし、あらかじめ賛成の決議を経るのがよい。<sup>53)</sup>

また、井上毅だけでなく法制局においても同様の見解が共有されていた形跡がある。たとえば、法制局が作成し陸奥宗光農商務大臣に提出された無題の文書には、条約は国家に対して義務を負わせるが国民各個に対しては義務を負わせないことを前提にして、次のように述べている。条約の締結によって条約の国内における効力が生じるのではなく、国家機関ならびに国民が条約に服従する義務は、条約の規定を遵守しなければならないという国家の命令によってはじめて生じる。条約が国内において効力を有するために必要な命令が法律事項に属するときは、法律を制定・施行する要件を具備しなければ

ならず、帝国議会の協賛ならびに裁可・公布を必要とする。この文書も、パテルノストロ答議と同様に（あるいはパテルノストロ答議を参照したのか）、条約の執行を優先させれば条約が憲法典を左右することができるようになり国民の憲法上保障された権利が危険に陥ることについて警鐘を鳴らしている。<sup>54)</sup>

### Ⅲ. 条約の公布に関する規定を実定法化する模索

憲法上の法律事項をふくむ条約については条約とは別に立法措置をとるという条約の国内編入方式は、結局実現しなかった。条約の国内編入について主張や提言がされながら実現しなかったことがもう一つある。条約の公布に関する規定を憲法典に明定することである。

本稿の「はじめに」で記したように、国際法秩序と国内法秩序に厳然たる相違がある以上、そして国際法が条約の執行方法を諸国家にゆだねている以上、条約の執行のためには何らかのかたちでの国家の意思の介在が必要である。問題は、条約の拘束を受け入れ執行するために条約の遵奉を国家機関や国民に命じる国家の意思の形式である。

条約を執行するにあたって必要な国家の意思としてもっともわかりやすいのは、条約の公布である。太政官制度の下における条約の公布は、太政官布告・告示の形式でおこなわれていた。<sup>55)</sup> 内閣制度の創設以降は、公文式（明治19年2月26日勅令第1号）の施行まで内閣布告として公布された。公文式には条約の公布について規定されなかった。<sup>56)</sup> 条約を条約として公布することが規定された公式令（明治40年2月1日勅令第6号）が制定されるまで勅令無号として公布される慣行であったことは、すでに知られているとおりである。

憲法上の法律事項をふくむ条約を国内編入するさいには条約とは別に帝国議会の協賛を経た法律を制定する必要があると説く論者においては、条約

の公布はさほどの重要性を認められていなかった。条約が勅令無号として公布されているにもかかわらず、天皇による条約の遵奉の命令という意味を見出さなかった。先述した法制局の文書にみられるように、国民に条約の遵奉を命じるために公布されるべきは、条約ではなく法律だったからである。<sup>57)</sup>

大日本帝国憲法には、第6条において天皇が法律の公布を命じることを規定されているものの、条約の公布については記されていない。しかし、当初から条約の公布に関する規定を憲法典に置かないことを自明としてたわけではない。

大日本帝国憲法起草過程において条約の公布について明定することを一貫して主張していたのは、ロesslerである。天皇の権限を憲法典の正条に列挙すべきか否かという井上毅の質疑に対する1887年2月8日付の答議のなかでロesslerが示した試案には、第15条第2項として「此ノ条約ハ之ヲ公布スルニ依テ法律ノ効力ヲ得」という規定があった。<sup>58)</sup> また、ロessler草案(1887年4月30日脱稿)では、第11条で「天皇ハ外国ニ対シテ帝国ヲ代表シ外国政府トノ条約ヲ締結ス此条約ハ正当ノ公布ニ依リ臣民ニ対シ効力〔拘束力〕ヲ有ス」と規定している。<sup>59)</sup>

しかし、最終的には、このロesslerの案は、憲法第13条に反映されなかった。<sup>60)</sup> 枢密院における憲法草案審議に提出された諮詢案第13条は、「天皇ハ交戦ヲ宣告シ和親并ニ条約ヲ締結ス」という簡潔なものであった。これに対するロesslerの批判は、

本条ニ於テハ天皇ノ締結シタル条約ノ効力ニ付一モ指定スル所ナシ抑条約ハ列国交渉上ノ義務タル効力ヲ有スルト同時ニ法律ノ効力ヲ有スヘキ場合ニ於テハ法衙及人民ノ上ニ励行ノ力ナクンハアラサルナリ試ニ各国ノ憲法ヲ審閲スルニ概ネ条約ノ法律上ノ効力ニ関スル要件ヲ指定セサルナシ想フニ日本ニ於テハ帝国議會ノ承認ヲ経ルヲ要セサルヘシト雖法律ト同シク正式ノ公布ヲ要スヘキハ之ヲ明文ニ掲ケサルヘ

カラス<sup>61)</sup>

というものであった。「法衙及人民ノ上ニ励行ノ力」をもたせるためには、条約の公布によって法律の効力が生じることを憲法典に明定しなければならない、と説いているのである。<sup>62)</sup>

ロesslerが条約の公布について憲法典に明定することにこだわったことは、条約が公布によって国内法上の効力を有し国家機関や国民を拘束することが自明ではなかったことを示している。ロesslerは、条約の遵奉に関する国家の命令について、実定法上の根拠と形式を憲法典において明示することによって明確にしようとしたのである。

ロesslerの意見が採用されなかった結果、条約の公布に関する実定法上の根拠がないまま、条約文の前に「朕明治〇年〇月〇日〇ニ於テ朕カ全権委員ト〇国全権委員ノ記名調印シタル〇条約ヲ批准シ茲ニ公布セシム」あるいは「朕明治〇年〇月〇日〇ニ於テ調印セラレタル〇条約ニ加入シ茲ニ之ヲ公布セシム」という上諭を記すだけで条約を公布することが条約の公布式を明定した公式令の制定まで続けられた。

条約を条約として公布するという公式令第8条「国際条約ヲ発表スルトキハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス(第2項)前項ノ上諭ニハ枢密顧問ノ諮詢ヲ経タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ主任ノ國務大臣ト俱ニ之ニ副署ス」の規定は、直接には条約の国内法上の効力の有無について規定したわけではないが、条約という国内法の形式を実定法によって認めたものである。

なぜ条約の国内編入について疑義が呈されてきたにもかかわらず、立憲制度に反しないものとして国民を拘束する法の形式として条約を認めることが可能であったのか。パテルノストロのように憲法破壊とみなされることなく、疑義が沈潜していった条件は何か。

初期議会期における憲法上の法律事項をふくむ条約の国内編入をめぐる

疑義は、国内で直接適用可能なほど明確で具体的な規定という意味での自動執行性を有する条約ばかりを念頭において、国民を直接拘束する法として条約も認めてよいのか憲法典所定の立法手続を経た法律しか認めないのかを問うものであった。しかし、現実には、自動執行性を有する条約が少ないという条件のもとで、多くの場合実施立法が必要であった。条約を実施するために条約の内容を具体化したり補完する立法や条約において特定の立法を約束したことを受けておこなわれる立法である。

大日本帝国憲法施行後間もない初期議會期には、このような意味での実施立法をおこなう一方で、条約に抵触する法律の改正という措置をとらない場合もあった。たとえば、改正万国郵便連合条約（明治25年6月23日勅令無号）第18条「締盟各国政府ハ郵便税前払ノ為メ偽造若クハ已ニ使用セシ郵便切手ノ詐欺使用ヲ所罰スル為メ必要ノ処分法ヲ設ケ或ハ此処分法ヲ其議會ニ提出スヘキコトヲ約定シ且ツ他ノ加盟国郵政庁ノ発行スル郵便切手ト區別シ難ク模造又ハ偽造セシ郵便用切手ノ詐欺製造、販売、行売及分配ヲ禁遏責罰スル為メ必要ノ処分法ヲ設ケ或ハ此処分法ヲ其議會ニ提出スヘキコトヲ約定ス」を実施するために、郵便連合国郵便切手保護法（明治25年6月18日法律第3号）を制定した。改正万国郵便連合条約に対する枢密院の審査報告が法律は必要なく命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件（明治23年9月18日法律第84号）の範囲内（1年以下の禁錮もしくは200円以下の罰金）で対処すればよい、としていた<sup>63)</sup>にもかかわらずである。他方で、商品見本の制限を改正した条約第5条第5項と郵便条例（明治15年12月16日太政官布告第59条）第209条の抵触については、法制局から郵便条例を改正する必要があるとの意見が出されたにもかかわらず、政府は何らの措置もとらなかった。

日清戦後、陸奥条約改正の実施準備期に、改正条約の実施立法ならびに日本の加入が条約改正の条件となっていた著作権保護に関するベルヌ条約や工業所有権保護に関するパリ条約の実施立法がなされた。法典調査会の考察を中心にして改正条約の実施準備過程をあきらかにした小林和幸の研究に

よると、政府が帝国議会に提出したあきらかに改正条約実施に関係する法律案は、第13回帝国議会だけでも22件あり、修正されたものもふくめてすべて可決された。<sup>64)</sup>

条約の締結のみならず条約の国内編入にあたっては条約の内容を法律にする立法措置というかたちでの帝国議会の承認を必要としないと主張した論者は、憲法典に明文がなければそのような措置は必要ないと説くとともに、条約を国内編入するための法律案に対する帝国議会の否決によって条約不履行という事態になることを指摘していた。先述した初期議会期の梅謙次郎は、天皇の大権にいくぶんの制限を設けるときは大日本帝国憲法第8条・第9条・第10条・第14条のように第2項か但書を以て制限を記していると述べて、第13条の解釈として帝国議会の関与を否定した。そして、条約にふくまれる協定関税については別に法律を以て定めるべきであるとの論に対して、そのようなことをすれば帝国議会の主張いかんによって条約の履行が妨げられ国家の進運を妨げたり不測の大過をもたらすことになる、と批判した。<sup>65)</sup> 日清戦後外務省から大阪毎日新聞社に移った原敬も、憲法典に明文がない以上条約の締結に帝国議会は容喙できないし実際の手続として帝国議会に法律案を提出した場合に帝国議会が否決したら条約を実行できない事態になる、と説いた。<sup>66)</sup>

同じことは、条約の実施立法にも当てはまるはずである。それにもかかわらず、政府は改正条約を執行するために実施立法を憲法典所定の手続による通常の立法というかたちでおこない、国民を拘束する法を定立する憲法上の条件をできるだけ充たしていったのである。そして、帝国議会はみずからが締結を直接承認したわけでもない条約の実施立法のさいに協賛していった。こうして、条約の実施立法のさいの帝国議会による法律案に対する協賛は、条約締結の正当性を追認する意味を帯びていった。

このような政府と帝国議会の実行による慣行の形成は、実施立法の困難が予想される条約を締結しにくくしていくものであった。実施立法のさいに帝



国議会在否決するような条約を締結すれば、条約の不履行によって国際的な国家責任が生じるというリスクをおかすことになるからである。この結果、条約の締結に対する直接的な参与を否定された帝国議会在間接的に条約の締結を掣肘する余地が残ったわけである。先述した井上毅がいうパテルノストロの「第三回答議」が条約を国内編入し執行するためには帝国議会の協賛を経る立法措置が必要であることを説くなかで、

議會ハ憲法上、其ノ議ニ付セラレタル条約ノ協賛ヲ拒ムコトヲ得、而シテ対手国ハ其ノ執行ヲ要求スルノ權利ヲ有セス。然レトモ協賛ノ拒絶ハ、宛モ批准ノ拒絶ノ如ク、両国間ノ關係ヲ破フルニ至ラサルモ之ヲ困難ナラシムルコト少カラス。故ニ善ク政治ヲ行ハント欲セハ、国家元首ヲシテ後ニ協賛ヲ得ルノ疑ハシキ条約ヲ輕率ニ之ヲ締結セサラシメ、又議會ニ研究セシムルヲ要ス。<sup>67)</sup>

と述べたことが形を変えて現実のものになっていったのである。

自動執行性を有する条約については、政府は、条約に規定がある場合にはそれに譲るという規定をふくむ法律案を帝国議会在提出していった。民法(明治29年4月27日法律第89号)第2条「外国人ハ法令又ハ条約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私権ヲ享有ス」、民法施行法(明治31年6月21日法律第11号)第45条「外国人又ハ外国法人ノ為メニ設定シタル地上権ニハ条約又ハ命令ニ別段ノ定ナキ場合ニ限り民法ノ規定ヲ適用ス」、著作権法(明治32年3月4日法律第39号)第28条「外国人ノ著作権ニ付テハ条約ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外本法ノ規定ヲ適用ス但シ著作権保護ニ関シ条約ニ規定ナキ場合ニハ帝國ニ於テ始メテ其ノ著作物ヲ発行シタル者ニ限り本法ノ保護ヲ享有ス」、船舶法(明治32年3月8日法律第46号)第3条「日本船舶ニ非サレハ不開港場ニ寄港シ又ハ日本各港ノ間ニ於テ物品又ハ旅客ノ運送ヲ為スコトヲ得ス但法律若クハ条約ニ別段ノ定アルトキ、海難若クハ捕獲ヲ避ケントスルトキ又ハ

主務大臣ノ特許ヲ得タルトキハ此限ニ在ラス」などである。

帝国議会における審議では、このような規定をめぐって問題にならなかった。そして、条約の国内法上の効力についても問題にならなかった。あたかも帝国議会の議員たちは条約の一般的受容方式を自明のことと考えていたかのような審議であった。帝国議会がこれらの規定を条約が国内法上の効力を有することを創設的に規定したわけではなく念のために確認的に規定した注意的な規定である<sup>68)</sup> ことを法律案に対する協賛を通じて暗黙のうちに承認していったのである。<sup>69)</sup>

## おわりに

大日本帝国憲法発布後しばらくの間みられた第13条の解釈の相違は、主権国家が並存する国際社会において国際法秩序と国内法秩序が別の法秩序であるという厳然たる事実を前提として、国家のいかなる意思の表示やいかなる形式の命令であれば憲法上の法律事項をふくむ条約を国内編入できるのか、をめぐるものであった。憲法第13条が条約締結権の所在を明定し条約締結権が天皇に専属することが支配的な憲法解釈であっても、条約の国内編入のさいに介在が必要となる国家意思のあり方については自明ではなかったのである。条約の締結のみならず国内編入についても帝国議会の関与を否定する論者は、条約の公布を国内編入に関する国家意思の表示とみなすほかなかった。それに対して、条約の国内法上の効力を否定する論者は、憲法上の法律事項をめぐる憲法典による制約を重視して立法措置の必要を説いた。

この憲法解釈の相違は、条約の締結のみならず執行の円滑さと確実性を重視し優先させるのか、それとも外交の便宜よりも憲法典による外交の拘束を必要と考えるのかの相違であった。その根底にあったのは、憲法典がいまだ定着しておらず政府の実行によって憲法典の定着のいかんが左右されるこ

とが実感されていた時期における条約が国民を拘束する条件（いかなる手続を経たいかなる形式の法であれば国民を拘束できるのか）をめぐる見解の相違であった。別言すれば、国家間の関係によって定立される条約という国内法の形式を認めるのか、それとも国民を拘束する国民の権利義務にかかわる法は憲法典所定の手続を経て定立された法律と命令（勅令・閣令・省令など）しかないと考えるのか、の相違であった。

大日本帝国憲法の下における条約の国内編入の慣行ならびに政府の見解は、憲法上の法律事項をふくむ条約であっても公布によってただちに国内法上の効力を有し国民を拘束するというものであった、と一般に説明されてきた。憲法典発布後しばらくの間条約の国内編入方式について政府内においても疑義が呈されていたにもかかわらず、なぜこのような慣行が立憲制度に反しないものとして形成され憲法解釈をめぐる政治問題にならずにすんだのか。日清戦後の改正条約実施準備のさいに多くみられたように、自動執行性を有する条約が少なく多くの条約が実施立法を必要とするものであったという条件の下で、政府は憲法典所定の通常の立法手続をとり法律案を帝国議会に提出して協賛を得て法律として公布した。この結果、多くの場合に条約ではなく法律が国民を直接拘束する法となった。自動執行性を有する条約の規定に関する問題が残るが、「条約ニ別段ノ規定アルモノハアルモノハ各其ノ規定ニ依ル」といった規定を法律案に入れて帝国議会の協賛を求めた。帝国議会はそのような規定に異議をはさむことなく協賛していった。一般に説明されてきた大日本帝国憲法の下における条約の国内編入に関する日本の慣行は、このようなできるだけ憲法典の制約を破らない政府と帝国議会の実行によって形成されていったのである。その意味で、憲法典による規制ははたらいていたということが出来る。

しかし、これによって条約が国民を拘束する条件をめぐる問題が解消したわけではなかった。多くの人々が問題になくなったという意味で潜在化しただけである。その証拠に、本稿の「はじめに」で言及した日本国憲法第98

条第2項「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」が必要となったのである。条約の国内編入方式は、この条文からはただちにはわからない。それでも、総司令部案を基礎にした帝国憲法改正案第94条「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び条約は、国の最高法規とし、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」の答弁資料において、外務省はこの条文を条約の一般的受容方式の根拠にした。何としてでも憲法上の根拠を必要としていたのである。このことは、国民を拘束する法の条件（いかなる手続を経て定立されたいかなる形式の法が国民を拘束できるのか）あるいは条約が国民を拘束する条件は、慣行にゆだねたままではすまなかったということを示している。そして、国民の権利義務にかかわる規定をふくむ条約を疑義なく円滑に執行できることを担保する憲法典の規定が必要であったことを示している。条約の国内編入は、不文の慣行と解釈だけでは不十分な領域だったのである。

## 註

- 1) 高野雄一『全訂新版 国際法概論』下（弘文堂、1986年）63頁。
- 2) 同前。田畑茂二郎『国際法新講』上（東信堂、1990年）58頁。
- 3) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性——いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察——』（有斐閣、1985年）13～14頁。水上千之「条約の国内的編入と国内的効力」（『広島法学』第16巻第4号、1993年）292頁。齋藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社、2002年）17～20頁。もちろん、一般的受容方式をとった場合でも条約の規定に自動執行性がない場合は、国内法による条約の内容を具体化する必要が生じる。中村睦男「条約の国内法的効力」（『法学教室』No.146、1992年）34頁。また、たとえ条約の規定に自動執行性があったとしても、条約の締結国の国内法制いかにによっては自動執行性をもたない条約として扱われる場合もある。田畑茂二郎『国際法』I〔新版〕（法律学全集55、有斐閣、1973年）170頁。イギリスは変型方式をとっている国であるといわれるが、実際には種々の形式をとってきた。藤田晴子「英国における条約の締結と議会の権能」（国立国会図書館調査立法考査局『レファレンス』113、1960年）30～37頁。岩沢雄司前掲『条約の国内適用可能性——いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察——』14頁・15頁・18～19頁。

- 4) 法学協会『註解日本国憲法』下巻(有斐閣、1954年)1472～1473頁。樋口陽一・佐藤幸治・中村陸男・浦部法穂『憲法IV〔第76条～第103条〕』(注解法律学全集4、青林書院、2004年)345～346頁(佐藤幸治執筆)。
- 5) 高野雄一『憲法と条約』(東京大学出版会、1960年)128～129頁などの先行研究では、外務省条約局第二課『条約ニ関スル先例研究』(一)(国際法先例研究第一輯、1943年1月、外務省調書条二27)2～10頁を使用しているものもあるが、もとの史料は「条約ノ効力ヲ生スヘキ方式ニ関シ蘭国公使ヨリ照会一件」(外務省記録2.5.1.72「条約ノ国法的効カニ関シ解釈一件」外務省外交史料館所蔵)である。一又正雄執筆の調書においては、史料に加工がなされている。
- 6) 稲田正次『明治憲法成立史』下巻(有斐閣、1962年)。大日本帝国憲法起草過程の史料については、各憲法草案などの確定をはじめとする労苦を尊重するために同書の引用箇所を典拠として挙げるべきであるが、正誤表に記されている箇所以外にもささいな誤植が散見されるので、同書を参考にしつつ根本史料を典拠として示すことにした。
- 7) 千葉功『旧外交の形成——日本外交1900～1919——』(勁草書房、2008年)第I部第1章2。
- 8) 詳しくは、顕原善徳「日本国憲法第九十八条第二項成立過程再考」(『立命館大学人文科学研究所紀要』No.122、2020年)を参照。
- 9) 伊藤博文『憲法義解』(宮沢俊義校註、岩波文庫、1940年)40～41頁。改版(2019年)43～44頁。
- 10) 寺島宗則枢密院副議長が米独両国の憲法に触れたあと条約を君主権や政府のみにゆだねることは不都合であると述べたのに対して、伊藤博文枢密院議長は憲法典の規定として条約に対する帝国議会の承認を義務づけることを否定した。国立公文書館所蔵『枢密院会議事録』第一巻(東京大学出版会、1984年)206～207頁。また、寺島は、国土の交換のような人民の負担に関係する条約も議院に付議しないのか、と質問した。伊藤は、すべての条約を国会に付さないと答弁した。副島種臣顧問官は、敗戦のさいの講和条約による償金や割地のことに言及し、これらは人民の権利に関するものゆえ議院に付議する必要があると述べた。副島の発言に対して、伊藤は寺島に対して述べた第13条の趣旨を再び強調した。同前、208～210頁。
- 11) 「甲案試草正文」井上毅〔明治20年5月〕内閣野紙(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第77巻 秘書類纂 憲法六、ゆまに書房、2012年)63頁。「乙案試草」井上毅〔明治20年4月〕内閣野紙(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第76巻 秘書類纂 憲法五、ゆまに書房、2012年)197頁。
- 12) 詳しくは、顕原善徳「大日本帝国憲法起草過程における条約締結権」(『立命館大学人文科学研究所紀要』No.105、2015年)を参照。
- 13) 「条約ニ依テ生スル義務ノ金額ハ、国債ト同ク法律上国民ノ義務トナリ、議院ノ議ヲ容

レザルヘキ乎ノ問」明治21年2月15日モッセ答議（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第三、國學院大學、1980年）125～127頁。

- 14) 同前、126～127頁。
- 15) 同前、127頁。正確にいうと、条約による支出と議会の承認に関するモッセの結論は、次のとおりである。二月草案第67条で「憲法上ノ権利ニ基キ又ハ法律ノ効果ニ由リ又ハ帝国議會ノ議決ニ依リ生シタル政府ノ義務ヲ履行スルニ必要ナル歳出ハ之ヲ予算ニ掲クルモ毎年帝国議會ノ承認ヲ経ルノ限ニアラズ」（「欠題（二月草案）」明治21年2月内閣野紙（『伊東巳代治関係文書』書類の部11、R2、国立国会図書館憲政資料室所蔵）と規定しているから、日本の場合は（第三）の（甲）に該当することになる。
- （第一）条約が議会の承認を経て法律となり公布された場合、議会は経費を承認しなくてはならない。経費の額が条約のなかで確定していれば、あらためて議会の承認を必要としない。経費の額が未定ならば、議会は金額の多寡を承認するだけである。
- （第二）条約の全部が法律となって公布されなくても、その実施のために議院の承認を経て別段の法律が公布された場合は、（第一）と同じである。
- （第三）（第一）と（第二）の条件を欠く場合、憲法が定める議会の歳出承認権と君主の行政命令権との限界いかんによって異なる。
- （甲）憲法において行政命令の実施（官制の施行など）に必要な支出を議院の承認権から除外するときは、条約上の義務を施行するために発布した行政令によって必要とする経費も、議院の承認を経なくてもよい。ゆえに、条約によって一定の官署を設立しなくてはならないとき（郵便電信のため、関税のためなど）、議院は勅令によって定められた官署の経費を否決することができない。ただし、勅令の効力に関係ない経費である場合は、議院の承認を経なければ条約を施行することはできない。
- （乙）憲法において行政命令のため議院の予算議定権に制限を設けず予算議定権を以て行政命令を制限する場合（独・李・英三国の法律のように）、条約は議院より経費の承認を得なければ施行できない。
- 16) 「条約ニ依テ生スル義務ノ金額ハ、国債ト同ク法律上国民ノ義務トナリ、議院ノ議ヲ容レザルヘキ乎ノ問」明治21年2月17日ロessler答議（前掲『近代日本法制史料集』第三）121～125頁。
- 17) 稲田正次前掲『明治憲法成立史』下巻、360～361頁・363頁。
- 18) 伊藤博文前掲『憲法義解』112頁。改版（2019年）135頁。
- 19) 「〔帝国憲法枢密院諮詢案・説明〕」（明治21年5月）菟菚版（『三条家文書』書類の部37-2、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。稲田正次があきらかにしたように、このような説明は、十月草案や二月草案を修正・検討する過程で練り上げられていったものである。稲田正次前掲『明治憲法成立史』下巻、330頁。十月草案・二月草案の検討の過程で作成された説明案は、次のとおりである。「憲法説明（会計浄写原本）」内閣野

紙・宮内省罫紙（『梧陰文庫』A-104、マイクロフィルム版R4）。諮詢案第67条の説明と同じ内容であるようにみるが、大きな違いは諮詢案の説明にある「式ニ依リ公布スル者ハ即チ法律ト同シク国民遵由ノカヲ有シ」がないことである。

外国ト条約ヲ締結スルハ専天皇ノ大権ニ依ル故ニ条約ヲ実施スル為ニ必要ナル費出ハ議會ニ於テ之ヲ拒否スルノ権アルコトナシ此ノ類之ヲ憲法上ノ権利ニ基ツケル歳出トス蓋有効ノ条約ハ法律上ノ必要ヲ生スルコト通常ノ法律ニ異ナルコトナキナリ若或国ニ行ハル、所ノ議院ハ其予算承認権ヲ以テ条約実施ニ必要ナル費額ヲ拒ムコトヲ得トノ説ヲ<sup>上ノ下</sup><sub>第一第六百十頁</sub>採庸スルニ至テハ一國ノ主権ハ以テ一國ヲ代表スルニ足ラズト云ントスル歟

- 20) 稲田正次前掲『明治憲法成立史』下巻、859頁。
- 21) 「憲法（大日本帝国憲法義解草案）」明治22年2月活版（『伊東巳代治関係文書』書類の部40-1、R11、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。稲田正次前掲『明治憲法成立史』下巻、813頁・859頁がいう「憲法義解稿本」「大型印刷本」はこれのことであろう。第67条の条文が「憲法上ノ大権ニ基〔ツ〕ケル既定ノ歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ属スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝国議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ス」となっているから、枢密院第三審會議において可決された後のものであることがわかる。
- 22) 「会計法補則ヲ定ム」明治23年8月2日（『公文類聚』第十四編明治二十三年卷之三十七、2A-11-類483、国立公文書館所蔵）。会計法補則制定過程については、柴田紳一「帝国憲法第六七条施行法（会計法補則）制定問題」（國學院大學『国史学』第119号、1983年）、同「帝国憲法第六十七條施行法（会計法補則）制定問題と井上毅」（梧陰文庫研究会編『明治国家形成と井上毅』木鐸社、1992年）を参照。
- 23) 「憲法第六十七條ヲ施行スル為ニ条則ヲ制定シ其節目ヲ定ムルノ件」明治23年6月16日（『明治二十三年御下附案』2A-15-6-枢A3、国立公文書館所蔵）。
- 24) 「立憲施政意見」井上毅明治22年春（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）83頁。
- 25) 同前、84頁。
- 26) 「条約改正意見」明治21年11月〔8日〕（同前）57頁。
- 27) 「国民身分及歸化法意見」明治22年7月4日（同前）155～156頁。
- 28) ただし、ひとくちに改進黨系新聞といっても、論点によっては主張に相違があった。五百旗頭薫『大隈重信と政党政治——複數政黨制の起源明治十四年-大正三年——』（東京大学出版会、2003年）91～92頁。
- 29) たとえば、「条約改正問答」（『郵便報知新聞』1889年7月7日）。「条約改正の得失を判断するの標準」（『読売新聞』1889年8月1日）。「憲法及び伊藤伯、伊藤伯及び条約改正」（『毎日新聞』1889年8月10日）。
- 30) 井上毅『内外臣民公私権考』（憲法衍義之一、哲学書院、1889年9月13日）。原田一

- 明「明治二十二年帰化法案作成をめぐる憲法論議について」(梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、2000年)410頁によると、奥付の日付は9月13日であるが、実際に刊行されたのは9月23日だったようである。
- 31) 入力ミス・誤植ならびにいまだ試論にとどまる叙述が目立つが、詳しくは穎原善徳「大隈条約改正反対論における憲法典至上主義」(『立命館大学人文科学研究所紀要』No.107、2016年)を参照。
  - 32) 梅謙次郎「条約ヲ以テ関税ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議會ノ協賛ヲ要スルヤ否」(『法学協會雑誌』第9巻第7号、1891年7月1日)。同「条約ヲ以テ関税ヲ定ムルニハ帝国議會ノ協賛ヲ要スルカ」(『国民之友』第126号、1891年8月3日)。梅謙次郎が第一次松方正義内閣の陸奥宗光農商務大臣の諮問を受けたいことは、千葉功前掲『旧外交の形成——日本外交 一九〇〇～一九一九——』13頁がすでに指摘している。
  - 33) 都筑馨六「条約締結権論」(『国家学会雑誌』第66号、1892年8月15日)。若干異なる箇所があるがこの原稿を筆写したものと思われるものが伊藤博文のもとに提出されている。都筑馨六「条約締結権論」通信省官紙(伊藤博文書庫研究会監修『伊藤博文文書』第116巻 秘書類纂 外交三、ゆまに書房、2014年)83～103頁。
  - 34) 日米犯罪人引渡条約の締結過程と条約内容ならびに逃亡犯罪人引渡条例については、神山晃令「明治期の犯罪人引渡条約と政治犯不引渡原則」(國學院大學『国史学』第121号、1983年)84～89頁を参照。
  - 35) 山口修『外国郵便の一世紀』(国際通信文化協会、1979年)80頁。
  - 36) 海上犯罪を規制することを目的とした海底電信線保護万国連合条約については、山本草二『国際刑事法』(三省堂、1991年)265～277頁を参照。
  - 37) 日本朝鮮両国通漁規則ならびに1908年の改訂については、海野福寿「明治期における条約の形式と締結手続き——「韓国併合条約」等無効説に関連して——」(『駿台史学』第108号、1999年)35～36頁が簡潔に説明している。この条約と朝鮮出漁の実態の関係については、二野瓶徳夫『明治漁業開拓史』(平凡社選書、1981年)128～133頁を参照。
  - 38) 各省官制(明治19年2月27日勅令第2号)を改正して各省官制通則(明治23年3月27日勅令第50号)を制定する過程のものである。改正にあたって、大日本帝国憲法第23条「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非シテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」との関係で各省官制第7条にあった省令の罰則規定が削除されることになった。その一方で省令に実効性をもたせるために措置が必要とされた。これは、のちに命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件(明治23年9月18日法律第84号)になった。なお、命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件の起草過程やその後の経過については、以下の先行研究を参照。小嶋和司「明治二三年法律第八四号の制定をめぐる——井上毅と伊東巳代治——」(小嶋和司『明治典憲体制の成立』小嶋和司憲法論集一、木鐸社、1988年)。初出は、芦部信喜・



清水陸編『日本国憲法の理論』（佐藤功先生古稀記念、有斐閣、1986年）。新井勉「帝國議會と命令の罰則」（『金沢大学教養部論集』人文科学篇、第25巻第1号、1987年）。小林和幸「命令と罰則——明治二三年法律第八四号の制定と運用をめぐる——」（『青山史学』第13号、1992年）。

- 39) 「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件○省令庁令府県令及警察令ニ関スル罰則ノ件ヲ定ム」明治23年9月18日（『公文類聚』第十四編明治二十三年巻之九十二、2A-11-類538、国立公文書館所蔵）。この草稿と思われるものがある。「命令罰則法講義案」〔明治23年〕（前掲『井上毅伝』史料篇第二）211～212頁。日本朝鮮両国通漁規則に關する加筆修正された記述は、法制局上申の理由書と同じである。
- 40) 「条約ノ附加刑ノ適用ノ問」明治23年5月13日ロessler答議（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第一、國學院大學、1979年）122～124頁。
- 41) 「天皇大権ト条約締結ニ関スルパテルノストロ氏答議」明治23年5月9日（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十一、國學院大學、1989年）15～22頁。質疑が欠如しているが、冒頭に「昨日貴東ノ問題ハ」と記されていることから、井上毅の質疑が5月8日付であることがわかる。ちなみに、井上はボワソナードにも同じ質疑を發している。ボワソナードの答議は、貿易規則の条文の大半は外国の船長が罪を犯す場合を予想しており外国人にのみ適用するものであるゆえ、条約に附加した刑事上の制裁は重罪であろうが軽罪であろうが国民に適用できない、というものであった。「条約ノ附加刑ノ適用ノ問」明治23年5月13日ボワソナード答議（前掲『近代日本法制史料集』第十一）124頁。条約の国内法上の効力に関する内容ではなかった。
- 42) 当時、新聞において通商条約中の協定関税に帝國議會の承認が必要か否かがしきりに議論されていた。穎原善徳「初期議會会期における条約の国内編入をめぐる問題」（『立命館大学人文科学研究所紀要』No.111、2017年）189～190頁を参照。
- 43) 「ロessler氏関税条約ノ議會協賛ニ関スル答議」明治24年4月25日（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第七、國學院大學、1984年）260～264頁。
- 44) 「外国条約ヲ議院ニ通報スルノ問」明治20年5月30日ロessler答議（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第二、國學院大學、1980年）158～159頁。
- 45) 「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」〔明治24年4月〕（前掲『近代日本法制史料集』第十一）219～224頁。パテルノストロ答議における「協賛」とは、条約締結に対する帝國議會の承認という意味ではなく、条約の国内編入のさいに条約の内容を法律にする立法措置のさいの協賛の意味であることについては、穎原善徳前掲「初期議會会期における条約の国内編入をめぐる問題」213～214頁註（31）頁を参照。
- 46) 〔明治24年〕6月6日付伊藤博文宛井上毅書翰（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第四、國學院大學図書館、1971年）185頁。
- 47) 「國際法ト国法ノ關係ニ関スルパテルノストロ答議」〔明治24年5月〕（國學院大學日

- 本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十二、國學院大學、1990年）3～12頁。伊藤博文宛書翰に同封されたパテルノストロ答議の写は秘書類纂で確認することができる。三点あり、いずれも法制局罫紙に記されている。「関税ニ付パテルノストロ氏答議」（伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第99巻 秘書類纂 財政一、ゆまに書房、2014年）197～270頁。井上毅の手許に残された同じ答議は、以下のものである。
- ①前掲「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」〔明治24年4月〕（前掲『近代日本法制史料集』第十一）219～224頁。②「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」〔明治24年5月〕（前掲『近代日本法制史料集』第十二）1～2頁。③前掲「国際法ト国法ノ関係ニ関スルパテルノストロ答議」〔明治24年5月〕（同前）3～12頁。
- 48) 前掲「国際法ト国法ノ関係ニ関スルパテルノストロ答議」〔明治24年5月〕（前掲『近代日本法制史料集』第十二）9～10頁。
- 49) 同前、10～11頁。
- 50) 〔明治24年〕6月24日付小池靖一宛井上毅書翰（前掲『井上毅伝』史料篇第四）396～397頁。
- 51) 「関税改正ニ関スル帝国議會ノ関係ヲ論ス」内閣罫紙（前掲『伊藤博文文書』第99巻 秘書類纂 財政一）305～386頁。同じものが『梧陰文庫』にもある。「関税改正ニ関スル帝国議會ノ関係ヲ論ズ」罫紙4部（『梧陰文庫』C-40、マイクロフィルム版R78）。ただし、『梧陰文庫』のものには加筆・修正がない。修正後に浄写したものである。
- 52) 「関税改正ニ関スル帝国議會ノ関係ヲ論ス」が条約の締結と条約の実行に必要な法律案の審議について政府と帝国議會の「憲法上ノ徳義」について説いている（前掲『伊藤博文文書』第99巻 秘書類纂 財政一、381～382頁）のは、先述した「立憲施政意見」明治22年春（前掲『井上毅伝』史料篇第二）83頁と符合する。これを「関税改正ニ関スル帝国議會ノ関係ヲ論ス」の起草者が井上毅であることの根拠にするのは早計であろうが、この内閣罫紙に記された文書が井上毅が起草したものか井上の意向が反映されたものであると思われる根拠は、前掲1891年6月24日付小池靖一宛書翰である。

国際条約ト国法との関係ニ付ては、

- 第一、学者ノ説一致ナラズ論三案ニ
- 第二、コンラード、ボルンハツク氏之折衷、
- 第三、各国ノ規定各々殊ナリ、
- 第四、英国ノ例學典下ノ備シ
- 第五、結論、

として編纂いたし、世に公にしてハ如何、結論之主旨ハ、

日本憲法ノ成文ニ依レハ、天皇ハ絶対的ニ条約締結ノ權ヲ有シ玉フコト疑ナキモ、但シ同時ニ又条約ハ憲法カ国家機関議會ニ与ヘタル職權ヲ剥奪スルコト能ハズ、条約其ノ物ハ国際上ノ契約ニ過キズシテ外部即チ条約当事者ノ間ニ国家

ノ義務ヲ生スト雖、未タ内部ニ向テ何等ノ権利義務ヲ生スルコトアラズ、若内部臣民ニ向テ義務ヲ負ハシメントスルニハ、必ヤ主権者ノ命令ヲ公布スルヲ要ス、而シテ此ノ命令ニシテ憲法ニ定メタル法律的ノ実体ニ属スヘキ者ニ係ルトキハ、議會ノ協賛ヲ経ルニ非サレハ憲法上ノ定規ニ合ハザル者トス、是ニ於テカ君主ノ特權ニ依リ締結セラレタル條約ニシテ、内部ニ効力ヲ及ホスニ當リ、議會ノ叶賛ヲ得ザルノ故ヲ以テ施行スルコト能ハザルノ困難ナル抵触ヲ生スルコトナシトセズ、是レ英國ニ於テ實際絶エテ見ザル所ナレトモ理論上誣フヘカラザルモノナリ、此ノ困難ヲ避ル為ニハ、唯タ條約締結ノ際、

國法ニ關係スル或部分ニ付テハ、議會ノ叶賛ヲ経ルノ後ニ効力ヲ有ス、

(パテルノスト  
ロ氏意見参照)

トノ一條ヲ保ツノ(レゼルフ)一方法アルノミ

との大意にいたし度候、高見如何、御垂教奉冀候、

法氏予算論之一小冊ハ、平田〔東助〕より御廻いたし候様談置候、頓首

六月二十四日

毅

小池君

此書面御一見後、御返却奉冀候。

旧稿(穎原善徳前掲「初期議會期における条約の国内編入をめぐる問題」)194～195頁では、「編纂いたし、世に公にしてハ如何」に注目して井上が小池に一書を公刊することをすすめたと記したが、井上自身が執筆するつもりであったかもしれない。内閣野紙に記された前掲の「関税改正ニ関スル帝国議會ノ關係ヲ論ス」の構成とこの書翰に示された「一書」の目次はかなり似ている。前者の構成は、次のとおりである。

第一 國際法学者ノ所説

第二 各国ノ例

第一 欧州大陸諸国

第二 英国

第三 亞米利加合衆国

第三 英国ノ例

第四 條約ノ国会ノ承諾ヲ得サル場合ニ於ケル結果

第五 結論

第六 弁異及附言

井上は、下記の小池宛書翰に記されているように、通商条約の関税規定に対する帝国議會の権限を検討するための資料を小池から提供されていたようである。文中にある二つの条約は、「関税改正ニ関スル帝国議會ノ關係ヲ論ス」のなかで詳しく紹介されている。〔明治24年〕6月8日付小池靖一宛井上毅書翰(前掲『井上毅伝』史料篇第四)396頁。

関税ニ関スル議會之権限ニ付ては、有益なる資料を与へられ感激奉存候、

- 千七百八十六年九月廿六日ピット氏カ仏国と締結したる条約并千八百六十年一月廿三日之英仏条約之全文御手近有之候ハ、法制局員ニテ翻訳可仕御貸渡奉冀候、若又御院〔衆議院〕に手明之属員有之翻訳之勞ニ任候ハ、尤妙、右願試候、
- 53) 前掲「関稅改正ニ関スル帝國議會ノ關係ヲ論ス」(前掲『伊藤博文文書』第99卷 秘書類纂 財政一) 374～376頁。
- 54) 「条約ノ国内ニ対スル効力他」法制局罫紙(『陸奥宗光関係文書』書類の部 61-32、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。山脇の印が捺されているが、山脇玄法制局第一部長のことである。後年、山脇は、若干文言を改めているがこの文書と同じ内容の論説を発表している。山脇玄「法律ト条約ノ關係ヲ論ス」(『行政法協會雑誌』第1巻第5号、1898年1月18日)。「法学協會雑誌所載梅謙次郎論文批判」法制局罫紙(『陸奥宗光関係文書』書類の部 93-7、国立国会図書館憲政資料室所蔵)と「意見書 日本国ニ於テ國際條約ノ効力」菟蕪版(『陸奥宗光関係文書』書類の部 93-10、国立国会図書館憲政資料室所蔵)も趣旨である。「条約ノ国内ニ対スル効力他」の「一、条約ノ国内ニ対スル効力」は、太田芳造「改正万国郵便連合條約に就て、疑議」(『日本』1892年7月5日)の「第一」とほぼ同じ内容である。「法学協會雑誌所載梅謙次郎論文批判」は、太芳生「再び梅博士の關稅論に就て」(『日本』1891年9月5日)ならびに太芳生「再び梅博士の關稅論に就て」(続)(『日本』1891年9月7日)と同じ内容である。太芳生は太田芳造のことであろうが、日本新聞社編輯人(『東京朝日新聞』1890年10月2日 雜報「九新聞社被告事件」)であった太田の論説と法制局が作成した文書との関係については不明である。ちなみに、原敬日記の1893年3月17日の条には、朝鮮へ渡航するための資金援助を太田が原に申し込みに来たことが記されている。原敬文書研究会編『原敬関係文書』第五卷 書類篇二(日本放送出版協会、1986年)600頁。同年6月10日の条には、朝鮮から帰国した太田の來訪について記されている。同前、603頁。
- 55) たとえば、海底電信線保護万国連合條約は、明治18年7月17日太政官布告第17号として公布された。甲申事變後の天津條約は、明治18年5月27日太政官告示第3号として公布された。
- 56) その事情は不明である。法令の公布については、大石眞「公布再考」(『國學院法学』第17巻第3号、1979年)がある。また、公文式については、石眞「憲法附屬法としての公文式——その制定過程と改正問題を中心に——」(梧陰文庫研究会編『明治國家形成と井上毅』木鐸社、1992年、のちに大石眞『日本憲法史の周辺』成文堂、1995年に収録)が詳細な分析をしている。しかし、史料的な制約のためであろうか、條約の公布についてはよくわからない。
- 57) たとえば、先に紹介した陸奥宗光農商務大臣に提出された法制局の意見書「条約ノ国内ニ対スル効力他」(『陸奥宗光関係文書』書類の部 61-32)ならびにこの意見書と同一内容の山脇玄「法律ト条約ノ關係ヲ論ス」(『行政法協會雑誌』第1巻第5号、1898年1月18日)は、條約の国内における効力は條約中に包含する事項を遵守せよという国

権の命令によって生じるとしたうえで、条約を国内に施行するための命令が憲法上の法律事項に関する場合には法律の制定と同じく議会の協賛・裁可・公布を要すると説き、条約の公布には言及すらしていない。かつて農商務官僚であった原嘉道「法律ト条約」（『行政法協会雑誌』第1年第1巻、1897年9月15日）は、条約を公布するか否かは締結者の便宜であり条約そのものの効力に関係がなく、条約中臣民の権利義務に関する事項は別に法令を制定して公布しなければならない、と述べている。一貫して国家と国民の権力服従関係を重視して国民を拘束するものは法律と命令だけであると説いた穂積八東帝国大学法科大学教授は、条約の公布は国内に向かって条約の存在を宣明にし、国民が条約の存在を尊重する効果しかないという見解を示し続けた。穂積八東「帝国憲法ノ法理」（承前号）（『国家学会雑誌』第27号、1889年5月15日）。同「条約及条約法」（『東京日日新聞』1898年1月1日）。同「条約法理問答」（『法学協会雑誌』第23巻第10号、1905年10月1日）。同『憲法提要』下巻（有斐閣書房、1910年12月1日）第五編第八章。

- 58) 「君主特権ヲ憲法ニ列叙スル当否ノ問」〔明治20年〕2月8日ロessler答議（前掲『近代日本法制史料集』第一）36頁。
- 59) 「ロessler氏起稿日本帝国憲法草案」〔明治20年4月30日脱稿〕内閣野紙（伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第79巻 秘書類纂 憲法八、ゆまに書房、2013年）14頁。小嶋和司によると、ロessler草案の邦訳文には、ドイツ語原文と対比したとき訳文として不当なものがあるという。第11条もその一つである。「効力」のドイツ語原文の意味は「拘束力」である。小嶋和司『明治典憲体制の成立』（小嶋和司憲法論集一、木鐸社、1988年）51頁。初出は、小嶋和司「ロessler「日本帝国憲法草案」について」（東北大学『法学』第33巻第1号、1969年）。
- 60) 伊藤博文らは、夏島草案第17条の検討過程で、ロessler草案第11条にあった条約の公布に関する規定の扱いに苦労したようである。夏島草案第17条「天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ニ由リ国民服従ノ義務ヲ有スルモノハ正當ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ」に対する修正は、以下のとおりである。「ニ由リ国民服従ノ義務ヲ有スルモノハ正當ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ」を削除し、「ハ正式ノ公布ニ依リ臣民ニ対シ遵行ノ効力ヲ有セシム」と修正されている。その後さらに「ニ対シ遵行」を削除し、「服従ノ義務」に改められている。「欠題（夏島憲法草案）」明治20年8月完成10月修正内閣野紙（『伊東巳代治関係文書』書類の部8、R2、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。これが十月草案第17条「天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ハ正式ノ公布ニ依リ臣民服従ノ義務ヲ有セシム」になった。「夏島草案（一〇月草案）」（原題伊東巳代治自書）明治20年10月内閣野紙（『伊東巳代治関係文書』書類の部9、R2、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 61) 「憲法草案意見概要」ヘルマン・ロessler述 伊東巳代治訳 明治21年6月枢密院野紙（『伊東巳代治関係文書』書類の部16、R4、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。この

意見書が1888年6月7日にロesslerを訪ねた寺島宗則枢密院副議長の要請によって書かれ6月17日(枢密院憲法草案第一審会議第一読会開会の前日)に伊東巳代治によって翻訳され伊藤博文枢密院議長に提出されたことについては、稲田正次前掲『明治憲法成立史』下巻、568頁を参照。

- 62) 条約を公布するだけでは国民を拘束する根拠にならないという見解は、ロesslerだけのものではなかった。たとえば、先に紹介した1888年2月15日付モッセ答議は、「国民カ之ヲ遵守スヘキ義務ノ源泉ハ、条約自己ニアラスシテ、政府ノ命令ナリ。故ニ諸国ニ於テ、列国条約ヲ国内ニ公布スルニ当リ、之ニ附スルニ「該条約ヲ遵奉スヘシ」「該条約ニ従テ処置シ裁判スヘシ」等ノ命令ヲ以テス。李国ノ実例ハ、之ニ異ナリ。単ニ条約文ノミヲ公布スルハ、国法上ノ正当ナル原理ニ違フノ故ヲ以テ論者ノ大ニ非難スル所ナリ」と、単に条約の公布文を公示するだけでは足りないことを説いている。前掲「条約ニ依テ生スル義務ノ金額ハ、国債ト同ク法律上国民ノ義務トナリ、議院ノ議ヲ容レザルヘキ乎ノ間」明治21年2月15日モッセ答議(前掲『近代日本法制史料集』第三)126頁。また、井上毅の後任の尾崎三良法制局長官に提出されたモスターフ答議は、モッセと同様に条約の締結と国内における執行の区別を強調し、「若シ条約ノ全部議會ノ議ニ附セラレタルトキハ(条約ノ全部立法ノ範囲内ニ侵蝕スルニ由ルト又条約ノ一部ヲ分割スルヲ欲セサリシニ由ルトヲ問ハス)其法律ヲ公布スルニ当リテハ単ニ条約文ノミヲ官報ニ掲載スルヲ以テ公布ノ条件ヲ充シタルモノトナスヲ得ス。必スヤ之ニ附スルニ裁可ヲ以テセサル可ラス」と説いたうえで、モッセと同じくドイツにおける事例を挙げ、日本において条約を公布するさいには、かならず条約書に「裁可文」を前置することを望む旨勧告した。「海関税ニ関スルモスターフ氏意見」明治24年9月14日(國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第二十、國學院大學、1999年)53頁。条約の公布は条約の存在を公示するにすぎないものであると説いた穂積八東は、実定法上の根拠がないことを根拠にして一般的編入方式をとることに反対したが、日清戦後の一時期「法規の総則」たる法例に「公布せられたる条約は司法上行政上法律と同一の効力を有す」という一項を設けることによって条約をめぐる「法理」と条約の円滑な履行という「立法方針の主義」「政策の便宜」との両立という問題を解決できる、と提言したこともあった。穂積八東前掲「条約及条約法」(『東京日日新聞』1898年1月1日)。同様のことを法典調査会法例修正議案第二回会議(1897年12月1日)で主張したこともあったが、憲法上の大権事項に関する問題を法例という法の適用に関する法律で定めるのは適切ではないという理由で採用されなかった。「法典調査会法例議事速記録」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』26、商事法務研究会、1986年)第2級38～41頁。詳しくは、頼原善徳「日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制」(『立命館大学人文科学研究紀要』No.115、2018年)49～50頁を参照。
- 63) 「万国郵便条約並万国郵便為替約定ノ件審査報告案」明治25年5月26日配付(『枢密

- 院審査報告』明治二十五年、2A-15-7 枢 C-2、国立公文書館所蔵。
- 64) 小林和幸「明治七年調印の改正条約実施準備について」(『日本歴史』第 509 号、1990 年) 74～75 頁註 (42)。
- 65) 梅謙次郎前掲「条約ヲ以テ関稅ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議會ノ協賛ヲ要スルヤ否」(『法学協會雜誌』第 9 卷第 7 号、1891 年 7 月 1 日) 7～8 頁。同「条約ヲ以テ関稅ヲ定ムルニハ帝国議會ノ協賛ヲ要スルカ」(『国民之友』第 126 号、1891 年 8 月 3 日) 13～14 頁。
- 66) 「新条約実施準備」第十条約は議會の協賛を要せず(『大阪毎日新聞』明治 30 年 12 月 11 日)。のちに、原敬『新条約実施準備』(大阪毎日新聞社、1898 年 5 月 31 日) に収録された。
- 67) 前掲「國際法ト国法ノ關係ニ関スルパテルノストロ答議」[明治 24 年 5 月] (前掲『近代日本法制史料集』第十二) 9 頁。
- 68) 「条約に別段の規定がある場合にはその規定による」あるいは「条約に別段の規定がない場合には」といった規定は、現在では注意的な規定とみなされている。我国において条約が国内法上の効力を有することについて念のために記した確認的な意味以上のものではなく、このような規定によって条約が国内法上の効力を有することを創設的に可能にしたわけではないという意味である。おのおの列挙している法律は異なるが、たとえば以下の研究を参照。高野雄一前掲『憲法と条約』161 頁。岩沢雄司前掲『条約の国内適用可能性——いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察——』30～31 頁。保坂洋彦「条約と国内法」(『法の支配』No. 107、1997 年) 8 頁。松田誠「実務としての条約締結手続」(北海道大学『新世代法政策学研究』10、2011 年) 312 頁。
- 69) 詳しくは頼原善徳前掲「日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制」58～63 頁。戦前の日本においては、民法第 2 条「外国人ハ法令又ハ条約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス」などを注意的な規定とみなさない見解もあった。たとえば、穂積八東前掲『憲法提要』下巻、776～777 頁。市村光恵『帝国憲法論』訂正五版(有斐閣、1918 年 5 月 27 日) 875～876 頁。しかし、公式令制定の頃には少なくとも政府内では注意的な規定とみなされていた。先述した条約の効力を生じさせる方式に関する日本の解釈についての 1906 年 9 月 30 日の駐日蘭国公使からの照会に対する日本政府の回答案にみることができる。外務省からの照会(1906 年 10 月 16 日付) に対する岡野敬次郎法制局長官回答(1907 年 5 月 18 日付) には、「我現行法中条約ノ規定アル場合ヲ除外スル主旨ノ規定ヲ有スルモノ無キニ非ス例ハ民法第一編第一章第二条、第二章第三十六条、関税法第一条、著作権法第二十八条等ノ如キ是レナリ然レトモ是レ唯注意的ノ規定タルニ止マリ当該条約ハ此等ノ規定ヲ待タス其ノ性能ニ依リ当然国法ノ一部タリト解スヘキナリ」と記されており、林董外務大臣起草の回答案(1907 年 5 月 21 日起草) に反映された。前掲「条約ノ効力ヲ生スヘキ方式ニ関シ蘭国公使ヨリ照

会一件」(前掲外務省記録 2.5.1.72 「条約ノ国法的効カニ関シ解釈一件」)。条約を条約として公布する公式令第 8 条が条約に国内法上の効力があることを前提にしていたことがわかる。ただし、政府内ではすでに 1900 年頃には条約が国内法上の効力を有することを当然のことと考えていた形跡がある。1900 年に公公式改正の試みがあったようであるが、公公式改正案第 1 条は「法律、命令、予算及条約ノ公布ハ官報ヲ以テス(第 2 項) 法律、勅令、予算及条約ノ公布ハ上諭ニ依ル」という規定であった。「公公式中改正勅令案ノ件」明治 33 年 8 月 16 日(『公文別録』未決並廃案書類一、2A-1-別 135、国立公文書館所蔵)。